

CUANDO SE LEGALIZA EL DESPOTISMO EL DERECHO FRACASA: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

When despotism is legalized, the law fails: a legal perspective

*Abel Augusto Zegarra Ramos**
Universidad Católica San Pablo

Recepción: 03/06/2020

Aceptación: 18/12/2020

Resumen

Dos grupos económicos extranjeros se han posicionado en el mercado nacional, gracias a una resolución ministerial del año 2010 que permitió que solamente se pueda utilizar oxígeno medicinal con una concentración de 99 % o 100 % para inhalación humana. Sin embargo, para cumplir con la producción de tales concentraciones, deberían utilizar implementos costosos y los empresarios nacionales no tendrían la capacidad de proveer cantidades suficientes para la comercialización, sobre todo en los centros hospitalarios. Con estas medidas se promueve el mercantilismo que eleva los costos y acaba con el libre mercado.

Ante la crisis ocasionada por la pandemia del covid-19, en la cual miles de personas se han visto afectadas, y la urgencia por adquirir balones de oxígeno, se han perdido muchas vidas. Las empresas extranjeras comercializadoras de este vital elemento no han abastecido la demanda. Ante esta situación, el Estado peruano emitió un decreto de urgencia, válido por este año, que permite el uso de oxígeno de una concentración del 93 %, y que las empresas nacionales puedan comercializarlo, y con ello se ha satisfecho la demanda de este producto. Sin embargo, una vez pasada la crisis, la producción seguirá en manos de capitales extranjeros.

Palabras clave: adquisición y utilización de medicamentos, oxígeno medicinal, grupos económicos, covid-19, crisis sanitaria.

* Abogado por la Universidad Católica San Pablo. Egresado de la Maestría de Derecho en Ciencias Penales por la Universidad San Martín de Porres. Abogado litigante en temas relacionados a Derecho Penal y otras disciplinas.

Abstract

Two foreign economic groups have placed themselves in the national market due to a ministerial resolution of the year 2010, which allowed that only medical oxygen of 99% or 100% concentration could be used for human inhalation. However, in order to fulfill the production of such concentrations, the implements to be used are expensive and the national businessmen would not be able to provide enough quantities for their commercialization, especially in health centers.

In the face of the crisis generated by the Covid-19 pandemics, where thousands of people have been affected, and the urgency of counting with enough oxygen tanks, many lives have been lost since the foreign businesses that commercialized it have been unable to cope with the demand, the Peruvian State has decided to emit an urgency decree that allows the use of oxygen of a concentration of 93% only for this year, thus letting national businesses to commercialize it again, which in turn has satisfied the evident demand of this product; nonetheless, once the crisis is over, this production will continue to be in the hands of foreign capitals.

Keywords: Acquisition and use of medicines, medical oxygen, economic groups, covid-19, health crisis.

I. INTRODUCCIÓN

El 27 de enero del año 2010 se publicó la Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA, firmada por el entonces ministro de Salud, Oscar Raúl Ugarte Ubilluz, en el gobierno del entonces presidente de la república, Alan García Pérez.

Esta resolución, que contiene el Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales para el Sector Salud, ostenta por finalidad «[r]egular la prescripción, dispensación, adquisición y utilización de medicamentos en todos los establecimientos del Sector Salud, acorde con la Política Nacional de Medicamentos, promoviendo de esta manera el uso racional de los medicamentos.». En otras palabras, establecía los lineamientos para la obtención por parte del sector salud de todos los medicamentos e insumos requeridos para su utilización en la población.

En ella se dispuso que el oxígeno medicinal utilizado debía tener una concentración de 99 % o 100 % para inhalación. Antes de esta modificación, la concentración era de 93% y 95% en el Perú, y era

elaborado y producido por varias empresas nacionales que abastecían (o proveían) a postas, hospitales y a quienes lo requirieran.

Los oxígenos de 93 % y 95 % tienen un costo menor y el método de producción suele ser un sistema de absorción que se puede instalar en cualquier posta u hospital. Además, es preciso señalar que las características de uso por grado de pureza de oxígeno difieren ya que el de 93 % suele ser empleado con frecuencia en el cultivo de peces, tratamiento de agua potable, en los hospitales para la respiración artificial de pacientes de salas de operaciones, en vehículos de emergencias para la atención médica primaria de víctimas de accidentes, en clínicas veterinarias para la respiración artificial de animales mientras se les presta asistencia médica, entre otros.

El oxígeno con una pureza de 95 % suele ser utilizado en el uso de biorreactores para producir medicamentos, extracción de oro, soldadura, corte de materiales, etc.

El oxígeno con un grado de pureza igual o superior al 99,5 % es utilizado en entornos sanitarios para el tratamiento de hipoxia, en anestesia y reanimación, nebulización de medicamentos y cefaleas en racimo o tipo clúster; sin embargo, el costo de producción y la tecnología requerida para lograr esta pureza es sumamente elevada y el empresario nacional no iba a poder lograr una comercialización masiva ni global del producto.

II. DESARROLLO DE LA COMERCIALIZACIÓN DE OXÍGENO EN EL PERÚ A PARTIR DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N.º 062-2010-MINSA

Para exponer el presente acápite, es menester hacerse el siguiente cuestionamiento: ¿la distinción del uso de oxígeno de 99 % - 100 % a 93% - 95% es determinante? La respuesta está en el Dictamen Preliminar de Evaluación de Tecnología Sanitaria sobre el Uso de Oxígeno Medicinal al 93 por Ciento en Pacientes Oxígeno Requirientes (2017).

Al respecto, esta evaluación concluye en que «la descripción técnica de la composición del oxígeno al 93 % en la farmacopea mexicana, europea u estadounidense, evidencian que existe un uso autorizado de oxígeno medicinal al 93% en dichas sociedades.» (IETSI-EsSalud, 2017, p. 19). Según indica la opinión de expertos en medicina intensiva, «el oxígeno medicinal al 93 % es de beneficio para los pacientes con insuficiencia

respiratoria al igual que el oxígeno medicinal al 99%, lo cual se condice con las recomendaciones de la OMS y las guías clínicas revisadas.» (IETSI-EsSalud, 2017, p. 19).

En otras palabras, el estudio indica expresamente que se puede —y pudo— utilizar oxígeno medicinal al 93 % sin ningún problema, teniendo en consideración que la investigación fue publicada en junio de 2017, fecha en que no había crisis pandémica como la que tenemos hoy en día.

Ahora bien, debemos tener en consideración que las normas jurídicas, las leyes y las resoluciones ministeriales deberían atender a intereses de la sociedad y responder al fortalecimiento del bien común, y bajo ninguna perspectiva sujetarse a intereses privados de sectores económicos poderosos. Las personas que estuvieron detrás de esto, entre ellos el ex ministro de Salud por el APRA, Oscar Raúl Ugarte Ubilluz, sabían perfectamente lo que estaban haciendo al realizar estos cambios dentro del sistema de gobierno en el sector de salud. Si se revisa los miles de soles obtenidos en cientos de contratos con el Estado peruano, nos daremos cuenta de esta realidad.

Empero, el cuestionamiento inmediato que se hace es el siguiente: ¿a quién favorecía, entonces, la resolución ministerial emitida? Surgen así los nombres de dos grupos económicos extranjeros, Grupo Linde, de Alemania, y Air Products, de Estados Unidos.

En la Tabla I se muestra cómo ha sido el desarrollo de la comercialización del oxígeno medicinal en el Perú durante los últimos 12 años. Como se aprecia existe un monopolio de dos grupos internacionales que operan en el país y que no pudieron suministrar oxígeno para los miles de peruanos que lo necesitaron en esta pandemia. Todas aquellas personas que no disponían de seis mil soles o más para conseguir balones de oxígeno tuvieron que fallecer.

III. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL DECRETO DE URGENCIA N.º 066-2020

El Decreto de Urgencia N.º 066-2020, publicado el 4 de junio de 2020 —ante la crisis que ya ocasionó muertes y un desabastecimiento absoluto de oxígeno—, ha tratado de poner paños fríos y una solución provisional. Al respecto, indica que ya se puede utilizar el oxígeno medicinal al 93 % y brindárselo a los pacientes que así lo requieran.

Tabla 1. Comercialización del oxígeno medicinal en el Perú (2008-2020)

Grupo internacional	País del grupo	Empresa peruana	Contratos (millones de soles)	Periodo del contrato	Sector contratante del Estado
Grupo Linde	Alemania	Praxair Perú S.R.L. ¹	180	2008-2020	Minsa, EsSalud y gobiernos regionales
Grupo Linde	Alemania	Linde Gas Perú S. A. ²	67	2008-2020	Minsa, EsSalud y gobiernos regionales
Grupo Linde	Alemania	Tecnogas S. A. ³	35	2008-2020	Minsa y EsSalud
Air Products	EE. UU.	Air Products Perú S.A. (Ex Messer Gases del Perú) ⁴	57	2008-2020	Minsa, EsSalud y gobiernos regionales
Air Products	EE. UU.	Indura Perú S. A. ⁵	30	2008-2020	Minsa y EsSalud
Oxyman	Perú	Oxyman Comercial S.A.C. ⁶	13	2008-2020	Minsa, EsSalud y gobiernos regionales

Pero, tal cual menciona el citado decreto de urgencia, esto se da sólo de manera *excepcional*, siendo que de un momento a otro el Estado se dio cuenta de que sí podía utilizar, como antes lo hacía, el oxígeno de 93 %. En este sentido, el Decreto señala lo siguiente:

2.2 Excepcionalmente, se autoriza el uso del oxígeno medicinal con una concentración no menor al 93%, para lo cual el establecimiento de salud debe garantizar el cumplimiento del programa de mantenimiento y calibración del equipo generador, líneas de distribución y almacenamiento del oxígeno medicinal, así como el control de calidad y cambio de los consumibles.

1 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20338570041/contratos>

2 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20100128994/contratos>

3 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20100381894/contratos?pageNumber=92>

4 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20382072023/contratos?pageNumber=431>

5 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20473938929/contratos?pageNumber=97>

6 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20516367670/contratos?pageNumber=70>

Este decreto de urgencia señala expresamente que tendrá una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020, lo cual significa que una vez vencido el plazo se volverá a aplicar la Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA y los intereses económicos pregonarán, de nuevo, por sobre las necesidades sustanciales de una sociedad magullada y desangrante. Esto es algo que no se debe permitir y que requiere comprender que un decreto de urgencia no soluciona el problema real, tan sólo mitiga las consecuencias de los favorecimientos a grupos económicos poderosos. No significa, en otras palabras, instrumentalizar el derecho para ciertos intereses económicos, que ya van más allá del gobierno de turno.

IV. CUANDO EL DERECHO HA SIDO SOBREPASADO Y SE SUPERPONEN LOS INTERESES ECONÓMICOS

Una perspectiva de la filosofía del derecho en la visión de Bodenheimer (1940), nos puede llamar a la reflexión. Para el citado autor, el poder visto en sentido sociológico «es la capacidad de un individuo o grupo de individuos de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos. Puede ejercerse el poder por medios físicos, psicológicos o intelectuales.» (p. 15).

El mencionado autor sostenía que el Derecho es una suerte de mediador o término medio entre la anarquía y el despotismo. Entiende a la anarquía como «la situación social en la que se da a todos los miembros de la comunidad un poder ilimitado» (Bodenheimer, 1940, p. 18). Mientras el despotismo lo observa como «una forma de gobierno en la que un hombre goza de un poder ilimitado sobre los súbditos a los que rige. Puede manifestarse en dos formas. En primer término puede significar el poder puramente arbitrario y caprichoso de un hombre que trata de dominar a otros para satisfacer un ansia personal de poder. En segundo lugar puede aparecer en forma de una idea o propósito impersonal que el déspota intenta —o finge querer— realizar. La segunda forma de despotismo tiene más éxito y es a la vez más peligrosa.» (Bodenheimer, 1940, p. 21).

El autor alemán afirmaba que el Derecho tiene un papel fundamental en la sociedad, ya que, para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; y para evitar el despotismo, enfrenta el poder del gobierno. El derecho debe crear restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder (Bodenheimer, 1940, p. 26).

Del análisis hecho hasta el momento, se puede detectar que, a pesar de los múltiples estudios realizados respecto al oxígeno medicinal y su utilización al 93 % de pureza, el Estado peruano decidió, sin sustento o fundamento científico alguno, el cambio de elaboración al 99 % o 100% de pureza. La intención de la resolución ministerial y de las personas que estuvieron detrás de ello, las cuales no son personas comunes y corrientes, sino más bien servidores públicos que sabían perfectamente lo que estaban haciendo; sobrepasa y excede las verdaderas necesidades de la población, aprovechando un entorno en el que casi nadie podía denunciar tal abuso en la utilización normativa para imponer dichas medidas y así favorecer a intereses económicos extranjeros, monopolizando el mercado de oxígeno a nivel nacional.

Esto es una suerte de despotismo en segundo estado —para referirse en términos del profesor Bodenheimer—, ya que disfrazado por un cambio en la adquisición y utilización de medicamentos en todos los establecimientos del sector salud, acorde con la Política Nacional de Medicamentos y promoviendo de esta manera el uso «racional» de los mismos, se desbarató a la industria nacional o a los empresarios que podían proveer de oxígeno a los establecimientos de salud, bajo la fachada de una «idea» de mejora para el sistema. En otras palabras, el Derecho fue sobrepasado, los intereses particulares se impusieron y esto ha quedado en evidencia no sólo con el desabastecimiento, sino con el hecho de que el actual gobierno con el Decreto de Urgencia N.º 066-2020 es plenamente consciente de la situación que exponemos, pero que no tiene el ánimo de cambiar a futuro, por el contrario, después de la emergencia, se pretende continuar con el mismo sistema, hecho que a través de este artículo ponemos de manifiesto.

V. CONCLUSIONES

- La Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA, firmada Oscar Ugarte, entonces ministro de Salud en el segundo gobierno aprista, dispuso que el oxígeno medicinal utilizado en centros hospitalarios y otros debía tener una concentración de 99 % o 100 % para inhalación. Antes de esta modificación, el oxígeno medicinal utilizado tenía una concentración de 93 % y 95 % en nuestro país y era elaborado y producido por varias empresas nacionales.

- El Dictamen Preliminar de Evaluación de Tecnología Sanitaria sobre el Uso de Oxígeno Medicinal al 93 por Ciento en Pacientes Oxígeno Requirientes ha indicado expresamente que se puede —y pudo— utilizar oxígeno medicinal al 93 % sin ningún problema, teniendo en consideración que el estudio fue publicado en el mes de junio del año 2017, sin ninguna crisis pandémica como la que tenemos auestas hoy en día.
- El desarrollo de la comercialización del oxígeno medicinal en el país durante los últimos doce años permite evidenciar que son dos los grupos económicos dominantes en la industrialización de oxígeno medicinal como consecuencia de la Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA.
- El Decreto de Urgencia N.º 066-2020, publicado el 4 de junio de 2020, ha colocado una solución al desabastecimiento de oxígeno de manera excepcional y sólo por el presente año 2020, autorizando el uso del oxígeno medicinal con una concentración no menor al 93 %. Pasado este año, volverá a entrar en vigencia la Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA.
- El Derecho es un mediador entre la anarquía y el despotismo. Sin embargo, cuando el despotismo se camufla como una suerte de idea impersonal o de movimiento, su peligro es mayor porque tiene la intención de solo seguir intereses personales o que favorezcan a un grupo o grupos de poder como puede evidenciarse en el presente caso.

REFERENCIAS

Bodenheimer. E. (1940). *Teoría del derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación – IETSI-EsSalud. (2017). *Uso de oxígeno medicinal al 93 por ciento en pacientes oxígeno requirientes. Dictamen Preliminar de Evaluación de Tecnología Sanitaria N.º 029-SDEPFyOTS-DETS-IETSI-2017*. Lima: junio-2017.